

De l'architecture juridictionnelle consacrée par la Constitution congolaise du 18 février 2006 : nature juridique et nécessité axiologique de l'ordre constitutionnel

Par

MFUAMBA MULUMBA Isidore*, KAUNDA KITALU Joséphine** et KITENGE AKILIMALI Bruno***

Résumé : Comparativement au droit comparé en l'occurrence du droit français qui prône deux ordres juridictionnels, la doctrine juridique avait baptisé d'un « dualisme juridictionnel » la division de la Cour Suprême de Justice [CSJ] en trois juridictions par le constituant congolais du 18 février 2006. Cette réflexion est une critique de l'article intitulé « La Constitution congolaise de 2006 : petite sœur africaine de la Constitution française », de Delphine POLLET-PANOUSSIS, publié depuis 2008 dans la Revue française de droit constitutionnel 2008/3 (n° 75) ; une œuvre de 47 pages consacrée essentiellement à la comparaison mimétique de la Constitution congolaise en vigueur (de 2006 avant sa modification en 2011) et la Constitution française du 27 octobre 1946 (qui a été modifiée par la loi constitutionnelle n° 2008-103 du 4 février 2008). Son article au-delà d'une analyse riche qu'il offre, l'auteure fait une interprétation erronée de la Constitution congolaise de 2006 au sujet des ordres juridictionnels, lorsqu'elle affirme que : « l'organisation judiciaire est très similaire à celle de la France ; la Constitution congolaise consacre en effet l'existence d'un pouvoir judiciaire indépendant et dualiste », une position que nous ne partageons pas. Cette réflexion s'oriente dans le sens contraire, en ce qu'elle se fonde sur l'auto-explication faite par le Constituant d'avoir créé trois ordres juridictionnels, un système très différent de celui français, que nous avons appelé la « trilogie juridictionnelle » ou le « triptyque juridictionnel ». Ce système propre à la RDC, a pour particularité l'insertion dans le pouvoir judiciaire l'ordre juridictionnel constitutionnel, indispensable pour la sauvegarde des valeurs d'un Etat de droit et démocratique.

Mots clés : Trilogie juridictionnelle; triptyque juridictionnel ; dualisme juridictionnel ; dualité de juridictions; pouvoir judiciaire indépendant et dualiste ; pouvoir judiciaire indépendant et trilogique.

Pour citer cet article : MFUAMBA MULUMBA Isidore KAUNDA KITALU Joséphine et KITENGE AKILIMALI Bruno, « De l'architecture juridictionnelle consacrée par la Constitution congolaise du 18 février 2006 : nature juridique et nécessité axiologique », in *Leganet*, 2021, pp. 1-30, p.

Abstract: Compared to comparative law in this case French law which advocates two jurisdictional orders, legal doctrine had baptized a jurisdictional dualism "the division of the Court of Justice [CSJ] into three jurisdictions by the Congolese constituent of February 18, 2006. This reflection is a critique of the article entitled "The Congolese Constitution of 2006 : African little sister of the French Constitution", by Delphine POLLET-PANOUSSIS, published since 2008 in the Revue française de droit constitutionnel 2008/3 (n°75) ; a work of 47 pages devoted essentially to the mimetic comparison of the Congolese Constitution in force (from 2006 before its modification in 2011) and the French Constitution of October 27, 1946 (which was modified by constitutional law n°2008-103 of 4 February 2008). Her article beyond the rich analysis it offers, the author misinterprets the 2006 Congolese Constitution on the subject of jurisdictional orders, when she affirms that : "the judicial organization is very similar to that of France ; the Congolese Constitution indeed enshrines the existence of an independent and dualist judicial power", a position that we do not share, This reflection is oriented in the opposite direction, in that it is based on the self-explanation made by the Constituent to have created three jurisdictional orders, a system very different from the French one, which we have called the 'jurisdictional trilogy' or the 'jurisdictional triptych'. This system specific to the DRC, has for particularity the insertion in the judicial power the constitutional jurisdictional order, essential for the safeguarding of the values of a State of law and democratic.

Keywords: jurisdictional trilogy; jurisdictional triptych; jurisdictional dualism ; duality of jurisdictions; independent and dualistic judiciary; independent and trilogical judiciary.

*Licencié en Droit public et Chercheur. Courriel : mfuambaisidore@gmail.com

**Assistante à la faculté de Droit de l'Université de Lubumbashi et Chercheuse. Courriel : Phinekaunda@gmail.com

***Licencié en Droit public de l'Université de Lubumbashi et Chercheur. brunoakilimali199@gmail.com

TABLE DES MATIERES

TABLE DES MATIERES	- 2 -
BIBLIOGRAPHIE	- 3 -
INTRODUCTION	- 6 -
A. LA DEFINITION D'ORDRE JURIDICTIONNEL	- 7 -
B. L'ARCHITECTURE JURIDICTIONNELLE CONGOLAISE ET LA NATURE JURIDIQUE DE L'ORDRE CONSTITUTIONNEL : ORDRE D'UNE SEULE JURIDICTION.....	- 8 -
I. L'architecture juridictionnelle en vigueur en RDC	- 8 -
II. La nature juridique de l'ordre juridictionnel constitutionnel	- 12 -
C. LA NECESSITE AXIOLOGIQUE DE LA TRILOGIE JURIDICTIONNELLE EN RDC	- 13 -
I. Les fonctions contemporaines d'une Cour Constitutionnelle dans un Etat démocratique et de droit ..	- 14 -
1. La Cour constitutionnelle : une protectrice par excellence des droits humains	- 14 -
2. La Cour constitutionnelle : un co-législateur opérant dans l'ombre	- 18 -
3. La Cour constitutionnelle : une digue au pouvoir ultra vires des institutions.....	- 20 -
II. L'échec d'une meilleure justice constitutionnelle en RDC sous le règne de la CSJ et l'importance d'une Cour constitutionnelle.....	- 23 -
1. La séparation des contentieux.....	- 24 -
2. L'indépendance du pouvoir judiciaire	- 25 -
CONCLUSION.....	- 30 -

BIBLIOGRAPHIE

TEXTES CONSTITUTIONNELS ET LEGAUX

- Constitution de la Transition de 2003, *JORDC*, 44^e année, 5 avril 2003.
- Constitution de la République Démocratique du Congo, *JORDC*, 47^eème année, Numéro spécial du 18 février 2006.
- Constitution française du 27 octobre 1946 telle que modifiée par la loi constitutionnelle n° 2008-103 du 4 février 2008.
- Loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle, *JORDC*, 54^eème année, Numéro spécial du 18 octobre 2013.
- Loi organique n°13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire, *JORDC*, Numéro spécial, 4 mai 2013.

DOCTRINE

- A. GATA-KAMBUDI, « Joseph Kabila peut-il encore briguer un autre mandat présidentiel au regard de la constitution congolaise? », Paris, le 7 Aout 2018.
- MAMPUYA KANUANK'A-TSHIABO, « Préface », in J.P. MAVUNGU MVUMBI-DI-NGOMA, *La justice constitutionnelle en République Démocratique du Congo, Aperçu sur la compétence de la Cour constitutionnelle et la procédure devant cette Haute juridiction*, éditions Universitaires Africaines, s.d.
- KANTE, cité par DIALLO FATIMATA, *le juge constitutionnel dans la construction de l'état de droit au Sénégal*, mémoire de DEA, université Gaston berger de saint-louis, Sciences juridiques et politiques, 2006-2007.
- LOUVEL, « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle ou des libertés individuelles ? », *Réflexion à l'occasion de la rencontre annuelle des premiers présidents de cour d'appel et de la Cour de cassation*, s.d.
- BALINGENE KAHOMBO, « L'originalité de la Cour constitutionnelle congolaise : son organisation et ses compétences », s.d.
- BALINGENE KAHOMBO, « Les fondements de la révision de la constitution congolaise du 18 février 2006 », in *KASAFRICAN Law Study Library – Librairie Africaine d'Etudes Juridiques* 1 (2014), January 2015 DOI: 10.5771/2363-6262_2014_2_428.
- BOSA NENADIC, « Le principe de séparation des pouvoirs et le contrôle de constitutionnalité - L'expérience de la République de Serbie- », in *Congrès mondial de droit constitutionnel à Oslo*, 2014 Atelier 15: Les mutations du principe de séparation des pouvoirs.
- YATALA, « La révision constitutionnelle et l'intangibilité de l'article 220 de la Constitution congolaise », s.d.
- D.J. JUNIOR ZAMBO, « Protection des droits fondamentaux et droit à la juridiction constitutionnelle au Cameroun : continuité et ruptures », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 15 | 2019, mis en ligne le 10 janvier 2019, consulté le 30 avril 2019. URL: <http://journals.openedition.org/revdh/5847>.
- De MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, Tome I 1920.
- Delphine POLLET-PANOUSSIS, « La Constitution congolaise de 2006 : petite sœur africaine de la Constitution française », *Revue française de droit constitutionnel* 2008/3 (n°75), p. 451-498. DOI10.3917/rfdc.075.045.
- BOSHA MABUJ, *Entre la révision constitutionnelle et l'inanition de la nation*, Bruxelles, 2013.

- DE LA SAUSSAY et F. DIEU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Hachette, Paris, 2000.
- KABASELE LUSONSO, « La Cour Constitutionnelle et la justice constitutionnelle en RDC », *Les Analyses juridiques*, n°29, Juillet 2014.
- KABASELE LUSONSO, « Le droit au juge naturel », in *Revue justice et paix* n°3, 2002.
- G. KATAMBWE MALIPO, Cours de Droit judiciaire : procédure civile, G2 Droit, Unilu, 2014-2015.
- G. KATAMBWE MALIPO, *La « dualité des juridictions » sous la Constitution du 18 février 2006*, PUL, 2013.
- G. KATAMBWE MALIPO, *La « dualité » de juridictions sous la Constitution du 18 février 2006*, éd. Mediaspaul, 2018, Lubumbashi, [Note 524].
- G. KUCSKO-STADLMAYER, « Rapport de la Cour constitutionnelle de la République d'Autriche », in *Conférence des Cours constitutionnelles européennes XII^{ème} Congrès sur Les relations entre les Cours constitutionnelles et les autres juridictions nationales, y compris l'interférence, en cette matière, de l'action des juridictions européennes*, s.d., p.20
- MFUAMBA MULUMBA, De la capacité des organisations internationales dans l'exercice de la légation passive et active : portée et étendue, mémoire de licence, droit, Unilu, 2018.
- MFUAMBA MULUMBA, *L'exercice du droit de légation passif et actif dans la pratique des organisations internationales*, éd. EUE, 2020, ISBN 978-620-2-54383-5, disponible en ligne, Permalien : <https://www.morebooks.de/store/gb/book/l'exercice-du-droit-de-légation-passif-et-actif/isbn/978-620-2-54388-5>
- MFUAMBA MULUMBA et MUKEBA JULIENNE, « La mise en œuvre de l'« Etat de droit » en RDC : une cuirasse pour la démocratie ou un poignard qui la saigne? », in *Leganet.cd*, Août 2020, pp. 24, [en ligne] Permalien : <https://www.leganet.cd/Doctrine.textes/DroitPublic/Mfuamba%20Mukeba-Etat%20de%20droit-converti.pdf>
- NDAYWEL E NZIEM, *La constitution de la III^{ème} République du Congo-Zaïre, adoptée par la CNS*, Édition en 2 volumes, tome 1, L'Harmattan, 2002.
- CIHUNDA HENGELELA, « Les garanties juridiques de l'alternance politique en République Démocratique du Congo », in *KAS African Law Study Library – Librairie Africaine d'Etudes Juridiques* 2 (2015).
- J. KAZADI MPIANA, Cours de Droits humains (libertés publiques et droits de l'homme), A l'usage des étudiants de L2 Droit, UNIKOL, 2016-2017.
- J. KAZADI MPIANA, Notes de cours du droit constitutionnel : théorie générale de l'Etat, G1 Droit, Unili, 2016-2017.
- J. NDJOLI, *Droit constitutionnel expérience congolaise (RDC)*, L'Harmattan, 2013, Paris.
- Jean-Marc Sauvé, « La justice administrative au service de l'Etat de droit », intervention à l'école nationale d'administration du Liban, le 6 novembre 2012, publié le 13 novembre 2012, sur <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/la-justice-administrative-au-service-de-l-etat-de-droit>
- KIFWABALA TEKILAZAYA, « Préface », in G. KATAMBWE MALIPO, (2018), *La « dualité » de juridictions sous la Constitution du 18 février 2006*, éd. Mediaspaul, 2018, Lubumbashi.
- WETSH'OKONDA KOSO, *La protection des droits de l'homme par e juge constitutionnel congolais, Analyse critique et jurisprudence (2003-2013)*, L'Harmattan, 2016.
- M. FATINROUGE STEFANINI, « Les qualités d'une Cour constitutionnelle : retour sur la dénomination du Conseil constitutionnel et la contestation de son caractère juridictionnel en comparaison avec le cas de la Belgique », s.d.
- MBELA HIZA MULANASSAN, « Analyse diagnostique des relations entre les militaires et les civils en RDC: état de la question et thérapeutique », s.d.

- MUGANZA MUYUMBA, *L'exception d'inconstitutionnalité des lois en droit positif congolais*, éditions Malaïka, Kinshasa, 2016.
- ELEBE MA ELEBE, « Préface », in KIFWABALA TEKILAZAYA, DEFI FATAKI WA LUHINDI et M. WETSH'OKONDA KOSO, *République démocratique du Congo : Le secteur de la justice et l'Etat de droit*, Une étude d'AfriMAP et de l'*Open Society Initiative for Southern Africa*, 2013.
- NGONDANKOY NKOY-EA-LOONGYA, *Droit Congolais des droits de l'homme*, coll. « Bibliothèque de droit africain », Bruxelles, éd. Academia Bruylant, 2004.
- MAFFEI, « Le rôle normatif de la jurisprudence des cours suprêmes, des cours constitutionnelles et des cours internationales », s.d.
- R. CABRILLAC, M. A FRISON-ROCHE, T. REVET, *Libertés et droits fondamentaux*, 9^{ème} éd. Dalloz, Paris, 2003.
- R. NYABIRUNGU MWENA SONGA, « De l'interprétation en droit », in *Interprétation, cassation et annulation en droit congolais*, Parquet Général de la République, RDC, 2013.
- S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, Éditions Dalloz, Paris, 2018.
- S. KAPINGA K. NKASHAMA, « Motion de censure dans la province du Haut-Katanga et désignation d'un gouverneur intérimaire », in *Baromètre de l'Etat de Droit en République Démocratique du Congo*, Bulletin trimestriel d'information, d'analyse et de prospérité, volume 1&2, 2017.
- T. KAVUNDJA N. MANENO, *Droit judiciaire congolais*, TOME I. Organisation et compétence judiciaires, 6ème édition, Janvier 2008, UBC.
- THIAM KHADIM, *Le contrôle de l'exécutif dans la création de l'état de droit en Afrique francophone*, thèse de doctorat, l'université de Bordeaux école doctorale de droit (éd. n° 41) spécialité droit public, Soutenue le 14 décembre 2018.
- W. SADURSKI, *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Springer, 2008.

WEBOGRAPHIE

- Permalien : <https://m.actu-environnement.com/dictionnaire-environnement/definition/expose-motifs.html>.
- Permalien : <https://www.droitcongolais.info>.
- Permalien : <https://www.researchgate.net/publication/276254771>.
- Permalien : www.toupie.org/Dictionnaire/Ordre-juridictionnel/htm.

INTRODUCTION

La Constitution de la RDC du 18 février 2006 avait mis croix sur la CSJ et par la même occasion avait proclamé *le projet constitutionnel*¹ de créer trois hautes juridictions, dont la Cour constitutionnelle, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation. Plusieurs Constitutions avaient institué² la Cour constitutionnelle, sans qu'elle soit installée; C'est le cas de la Loi Fondamentale (1960)[art.189]; la Constitution du 1^{er} Aout 1964 et la Constitution du 1965³. Avec la Constitution de 2006, il a fallu attendre 7 ans [2013] pour qu'il soit adopté les lois de mise en œuvre des dispositions constitutionnelles relatives aux nouvelles juridictions. Cette manœuvre est qualifiée de « fraude à la Constitution »⁴ et « c'est dans ce contexte que survint le deuxième cycle électoral, sur fond de crispation et d'incertitude consécutives à la révision constitutionnelle peu consensuelle du 20 janvier 2011, avec la réduction du nombre de tours pour l'élection présidentielle à quelques mois de scrutin⁵ ».

La haute juridiction c'était la CSJ qui avait trois sections et exerçait ce que nous n'hésitons pas d'appeler *tri-unité des compétences* : elle connaissait toutes les matières relevant des compétences respectives de la Cour de cassation, la Cour constitutionnelle et le Conseil d'Etat ; Elle a continué *avec cet exercice tri-unitaire des compétences* jusqu'en 2015 [art. 223]. Cependant, les décisions de cette juridiction, principalement en matière constitutionnelle étaient parfois *iniquessuscitant* de réactions virulentes de la doctrine, qui qualifiait cela : « [d]'ignorance du droit », « [d]'incurie judiciaire » ou *des positions juridiquement « indéfendables »*⁶. Cela justifie la déconcentration des contentieux : constitutionnel, judiciaire et administratif et la mise en place d'un ordre juridictionnel constitutionnel, autonome; avec espoir d'avoir une *jurisprudencia ferenda* et la correction des erreurs ou iniquités de la CSJ au moyen du revirement de jurisprudence.

¹ On situe la création de la Cour constitutionnelle plus de 50 ans après le premier texte constitutionnel [la Loi fondamentale du 1960] avec loi organique de 2013 et la nomination de membres de Cour constitutionnelle en 2015.

A. MAMPUYA KANUANK'A-TSHIABO, « Préface », in J.P. MAVUNGU MVUMBI-DI-NGOMA, *La justice constitutionnelle en République Démocratique du Congo, Aperçu sur la compétence de la Cour constitutionnelle et la procédure devant cette Haute juridiction*, éditions Universitaires Africaines, s.d, p. V.

² G. KABASELE LUSONSO, « La Cour Constitutionnelle et la justice constitutionnelle en RDC », *Les Analyses juridiques*, n°29, Juillet 2014.

³ BALINGENE KAHOMBO, « L'originalité de la Cour Constitutionnelle congolaise : son organisation et ses compétences », s.d, pp. 29, p. 1.

⁴ A.KAMUKUNY MUKINAYI cité par G. KABASELE LUSONSO, *La Cour constitutionnelle...op cit*, [note 4].

⁵ J. NDJOLI, *Droit constitutionnel expérience congolaise (RDC)*, L'Harmattan, 2013, Paris, p. 235.

⁶ S. KAPINGA K. NKASHAMA, « Motion de censure dans la province du Haut-Katanga et désignation d'un gouverneur intérimaire », in *Baromètre de l'Etat de Droit en République Démocratique du Congo*, Bulletin trimestriel d'information, d'analyse et de prospérité, volume 1&2, 2017, p. 42

En effet, cette architecture juridictionnelle fut baptisée d'un « *dualisme juridictionnel*⁷ » en comparaison avec le droit français qui prône deux ordres juridictionnels. Alors que l'exposé des motifs de la Constitution de la RDC⁸ prône *trois ordres de juridictions*⁹. Faute de logique dans la qualification de trois ordres juridictionnels de dualisme juridictionnel, nous dénommons l'architecture juridictionnelle actuelle « *trilogie juridictionnelle* » ou « *triptyque juridictionnel*¹⁰ ».

Comme on peut le constater, il se crée un débat d'interprétation. Cette réflexion présente ce débat entre la *conception dualiste* et la *conception trilogique* et puise son originalité dans la recherche de la *nécessité axiologique* de la déconcentration de l'ordre ancien en trois ordres juridictionnels avec l'accent particulier sur l'ordre juridictionnel constitutionnel que nous considérons comme : un meilleur moyen institutionnel de protection des droits humains, de contrôle de constitutionnalité, d'endiguement des pouvoirs *ultra vires* etc.

Voici son ossature : définition de l'ordre juridictionnel (A) ; l'architecture juridictionnelle congolaise et la nature juridique de l'ordre juridictionnel constitutionnel (B) et la nécessité axiologique de la *trilogie juridictionnelle* en RDC (C).

A. LA DEFINITION DE L'ORDRE JURIDICTIONNEL

Dans cette partie de notre étude, objectif principal est de savoir si on peut envisager un ordre constitué d'[une] juridiction. L'ordre de juridictions au sens traditionnel, est l'ensemble de tribunaux placés sous le contrôle de cassation d'une même juridiction supérieure. Dans ce sens, on distingue un ordre judiciaire (civil ou pénal), couronné par la Cour de cassation, et un ordre administratif, couronné par le Conseil d'État¹¹.

Il désigne aussi une « organisation hiérarchique des juridictions couvrant l'intégralité d'un territoire¹² ». En France il existe deux ordres juridictionnels séparés : ordre juridictionnel judiciaire [...] à sa tête la Cour de cassation, puis les cours d'appel qui constituent le second degré, et enfin, à sa base les juridictions de premier degré. L'ordre juridictionnel administratif. A

⁷ Delphine POLLET-PANOUSSIS, « La Constitution congolaise de 2006 : petite sœur africaine de la Constitution française », *Revue française de droit constitutionnel* 2008/3 (n°75), p. 451-498. DOI10.3917/rfdc.075.0451.

⁸ Exposé des motifs de la Constitution de la République Démocratique du Congo, *JORDC*, 47^{ème} année, Numéro spécial du 18 février 2006.

⁹ Exposé des motifs de la Loi organique n°13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire, *JORDC*, Numéro spécial, 4 mai 2013.

¹⁰ Ces mots malgré qu'ils n'existent pas dans la doctrine juridique, ne sont qu'une proposition qui convient d'être utilisée pour désigner un plan à «trois» ordres de juridictions, ce qui convient d'expliquer l'architecture juridictionnelle organisée par la Constitution congolaise actuelle.

¹¹ S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, Éditions Dalloz, Paris, 2018, p. 1320 ; G. KATAMBWE MALIPO, *La « dualité des juridictions » sous la Constitution du 18 février 2006*, PUL, 2013, note 1 à la page 71.

¹² Permalien : www.toupie.org/Dictionnaire/Ordre-juridictionnel/htm (Consulté le 1 novembre 2019 à 8h).

sa tête, on trouve le Conseil d'Etat, puis la Cour Administrative d'appel, et enfin, les tribunaux administratifs¹³.

Quantitativement, cette définition méconnaît l'ordre juridictionnel constitutionnel, qui par nature comporte une seule juridiction. Mais, en fonction des valeurs qu'elle sauvegarde dans un Etat de droit, la Cour constitutionnelle constitue un ordre juridictionnel *per se*, sans attendre le développement de son rôle [pour] conduire à s'interroger sur l'émergence d'un ordre constitutionnel, représenté par celle-ci¹⁴. D'où, même si la hiérarchisation est un « principe » ; l'ordre juridictionnel constitutionnel en constitue une « exception ». C'est un ordre *sui generis*, pourvu de ses propres règles [loi organique, règlement intérieur, ses us et principes généraux propres] qui régissent son organisation, son fonctionnement et ses compétences. Elle a son appareil du personnel administratif [juges et ceux qui leur apportent confort entre autres les conseillers référendaires ainsi que le Greffier et le Secrétaire qui tiennent respectivement le Greffe de la Cour constitutionnelle et le Secrétariat de son Parquet général¹⁵] appelé à administrer la justice constitutionnelle. Outre les règles communes fixées par le statut des magistrats, ces magistrats sont régis par un régime propre de désignation, nomination et déchéance.

B. L'ARCHITECTURE JURIDICTIONNELLE CONGOLAISE ET LA NATURE JURIDIQUE DE L'ORDRE CONSTITUTIONNEL : ORDRE D'UNE SEULE JURIDICTION

Dans cette partie la principale interrogation est celle de savoir la nature juridique de l'ordre juridictionnel constitutionnel (II). Mais avant d'y arriver nous cernons la forme de l'architecture actuelle des juridictions (I).

I. L'architecture juridictionnelle en vigueur en RDC

D'emblée, on peut croire que le Conseil constitutionnel français a la même nature juridique que la Cour constitutionnelle congolaise, pourtant, ce sont les deux réalités différentes qui sont d'ailleurs à la base d'une controverse doctrinale au sujet de la dénomination¹⁶. Mais, la question de la dénomination du Conseil constitutionnel ou Cour constitutionnelle paraît un faux problème¹⁷, car les Etats qui ont essayé changer la dénomination [du Conseil constitutionnel pour la Cour constitutionnelle], se sont rendu compte que ce changement de dénomination

¹³ Permalien : www.toupie.org/Dictionnaire/Ordre-juridictionnel/htm (Consulté le 1 novembre 2019 à 8h).

¹⁴ G. KATAMBWE MALIPO, (2013), La « dualité des juridictions »..., *op cit.*, note 1 à la page 71.

¹⁵ BALINGENE KAHOMBO, L'originalité de la Cour constitutionnelle congolaise ..., *op cit.*, p. 7.

¹⁶ B. KANTE, cité par DIALLO FATIMATA, *le juge constitutionnel dans la construction de l'état de droit au Sénégal*, mémoire de DEA, université Gaston berger de saint-louis, Sciences juridiques et politiques, 2006-2007, p.11.

¹⁷ M. FATINROUGE STEFANINI, « Les qualités d'une Cour constitutionnelle : retour sur la dénomination du Conseil constitutionnel et la contestation de son caractère juridictionnel en comparaison avec le cas de la Belgique », s.d., p.19.

«n'apporterait rien¹⁸» et qu'au fond, qu'importe le nom, l'important est dans le statut et les fonctions exercées : mieux vaut un Conseil constitutionnel qui fonctionne comme une Cour constitutionnelle, qu'un organe dénommé Cour constitutionnelle mais qui n'a ni les compétences ni les qualités d'une véritable juridiction constitutionnelle.

Lorsque nous parlons de l'ordre constitutionnel, nous voyons le juge constitutionnel considéré comme critère essentiel d'un Etat de droit et chargé de juger le contentieux constitutionnel. Il est appelé juge constitutionnel car il dit le droit qui se rapporte à la Constitution et tranche les litiges en fonction du droit constitutionnel¹⁹.

Notons avec Muganza Muyumba qu'il arrive souvent que la volonté réelle du législateur ne coïncide pas de l'interprétation littérale d'un texte clair²⁰. Il ressort de la lecture combinée des articles 153 et 154 qu'il est institué deux ordres de juridictions. L'article 157 dispose « Il est institué une Cour constitutionnelle ». Aux termes de l'exposé des motifs de la Constitution: « Pour plus d'efficacité, de spécialité et de célérité dans le traitement des dossiers, les Cours et Tribunaux ont été éclatés en trois ordres juridictionnels ».

Nonobstant cette précision Delphine Pollet-Panoussis, dit :

« La Constitution congolaise consacre le dualisme juridictionnel. Elle prévoit l'existence de deux ordres de juridiction: un ordre de juridictions judiciaires [auquel est consacré le paragraphe 2 de la section 4 « Du pouvoir judiciaire »] composé des Cours et Tribunaux civils et militaires placés sous le contrôle de la Cour de cassation (art. 153, al. 1er); et un ordre de juridictions administratives [auquel est consacré le paragraphe 3 de la section 4] composé du Conseil d'État et des cours et tribunaux administratifs (art. 154)²¹».

Cette interprétation ressort de la lettre des articles 153 et 154 [repris par l'auteur] qui utilisent expressément le concept « ordre », mais l'article 157 comme il dispose seulement qu'« il est institué une Cour constitutionnelle », l'auteur n'en a pas trouvé un ordre juridictionnel.

Néanmoins, la conception dualiste de juridictions ne fait pas unanimité, pour bien d'autres, la Constitution de la RDC a institué trois ordres juridictionnels [*trilogie juridictionnelle*]. Dans cette conception *trilogique de juridictions* nous pouvons citer :

Gérard Katambwe Malipo, qui par l'intitulé de son ouvrage *La « dualité de juridictions » sous la Constitution du 18 février 2006*, on peut estimer qu'il est d'approche « dualiste ». Et surtout lorsqu'il dit (dans la récente édition) qu'« il existe, désormais, deux ordres

¹⁸ M. FATINROUGE STEFANINI, Les qualités d'une Cour constitutionnelle : retour sur la dénomination du Conseil constitutionnel ..., *op cit.*, p.19.

¹⁹ DIALLO FATIMATA, le juge constitutionnel dans la construction de l'état de droit..., *op cit.*, p.9.

²⁰ MUGANZA MUYUMBA, *L'exception d'inconstitutionnalité des lois en droit positif congolais*, éditions Malaïka, Kinshasa, 2016, p. 14.

²¹ Delphine POLLET-PANOUSSIS, *La Constitution congolaise de 2006...*, p. 482.

de juridictions : les juridictions de l'ordre judiciaire, dont la juridiction suprême est la Cour de cassation ; l'ordre des juridictions administratives, dont la juridiction suprême est le Conseil d'Etat»²².

Malgré l'intitulé de son ouvrage, l'auteur est de ceux qui prônent trois ordres juridictionnels. Dans ce sens, lisons son affirmation dès l'avant-propos:« [...]les Cours et Tribunaux sont organisés en trois ordres de juridictions ; l'ordre des juridictions judiciaires, sous le contrôle de la Cour de cassation ; les juridictions de l'ordre administratif, contrôlées par le Conseil d'Etat ; et la Cour constitutionnelle²³».

Aussi, particulièrement lorsqu'il dit :

« Aujourd'hui, la structure des Cours et tribunaux comprend trois ordres de juridictions : ordre judiciaire, ordre administratif et ordre constitutionnel²⁴ » ; « la Cour constitutionnelle[...] se présente à la fois comme, un ordre constitutionnel, mais beaucoup plus comme le « juge de la dualité des ordres de juridictions²⁵ » et ajoute, « le Constituant du 18 février 2006 n'a pas hésité à faire de la Cour constitutionnelle non seulement une juridiction de jugement, la seule juridiction de l'ordre constitutionnel, mais aussi, une juridiction « consultative »²⁶.

Il en est de même de la position du Kifwabala Tekilazaya [celui qui a préfacé son ouvrage :« A côté des juridictions de l'ordre judiciaire, on trouve désormais, d'une part, les juridictions de l'ordre administratif... et, d'autre part, la Cour constitutionnelle qui, par sa nature, constitue un ordre à part »²⁷.

Le doute pouvait se laisser sentir lorsqu'après avoir défini le concept ordre de juridictions et distinguer l'ordre judiciaire à celui administratif, il utilise le conditionnel pour ce qui concerne l'ordre constitutionnel. A cet effet il dit :

« Ordre de juridictions au sens traditionnel, est l'ensemble de tribunaux placés sous le contrôle de cassation d'une même juridiction supérieure. Dans ce sens, on distingue un ordre judiciaire (civil ou pénal), couronné par la Cour de cassation, et un ordre administratif, couronné par le Conseil d'État. Le développement du rôle de la Cour constitutionnelle pourrait conduire à s'interroger sur l'émergence d'un ordre constitutionnel, représenté par celle-ci²⁸ ».

Entant qu'enseignant de « Droit judiciaire : procédure civile », Gérard Katambwe Malipo professe à l'aide d'un tableau donnant un aperçu synthétique du Droit judiciaire

²² G. KATAMBWE MALIPO, *La «dualité» de juridictions sous la Constitution du 18 février 2006*, éd. Mediaspaul, 2018, Lubumbashi, [Note 524].

²³ *Idem*, [note 4].

²⁴ G. KATAMBWE MALIPO, (2013), *La « dualité des juridictions »...*, *op cit*, note 1 à la page 71.

²⁵ *Idem*, p. 259.

²⁶ *Idem*, p. 263.

²⁷ KIFWABALA TEKILAZAYA, « Préface », in G. KATAMBWE MALIPO, (2018), *La « dualité des juridictions »...*, *op cit*,

²⁸ G. KATAMBWE MALIPO, (2013), *La « dualité des juridictions »...*, *op cit*, note 1 à la page 71.

que le Droit judiciaire congolais se scinde en trois branches, celle relative à l'organisation judiciaire, l'autre à la compétence judiciaire et la troisième au Droit de procédure. Celle de l'organisation judiciaire se subdivise en trois ordres, notamment : l'ordre judiciaire, l'ordre administratif et l'ordre constitutionnel²⁹.

Gilbert Kabasele Lusonso qui dit : « la Cour constitutionnelle comme catégorie constitutionnelle, forme à elle dans le système juridique congolais un ordre de juridiction, elle exerce une fonction régulatrice et unificatrice de la jurisprudence constitutionnelle³⁰ ».

La doctrine –explique Raphaël Nyabirungu –[...]joue un rôle considérable dans la formulation du droit et sur les autres sources d'interprétation de la loi³¹ ; et ce, en s'inspirant des travaux préparatoires, exposés de motifs³². D'où le primat de la source d'interprétation « authentique ou législative » sur d'autres³³.

La loi organique régissant l'ordre judiciaire donne une interprétation authentique postérieure, lorsqu'elle confirme l'existence de « *trois ordres de juridictions* ». Celle régissant l'ordre administratif, [sauf si elle a évité les redites avec la première] reprend les dispositions de la Constitution sans fournir l'effort de les interpréter. Enfin, celle régissant la Cour constitutionnellesans s'avouer régir un ordre juridictionnel de part entière, elle rappelle « *la volonté du peuple congolais de rompre avec l'ordre ancien* » et donne *ratio legis* de cette architecture juridictionnelle actuelle qui se lit comme suit: « la présente loi organique [...] vise non seulement à répondre à l'option du constituant de séparer le contentieux constitutionnel du contentieux administratif et judiciaire, mais aussi à renforcer l'indépendance du pouvoir judiciaire face aux pouvoirs législatif et exécutif ».

Comme nous pouvons le voir, par cette technique que Balingene Kahombo baptise d'une « déconcentration du contentieux juridique congolais³⁴ », le concept dualisme juridictionnel, ne conviendra pas d'expliquer ce que le constituant congolais a institué, il faut chercher un autre concept. Voilà pourquoi sans l'imposer à la communauté scientifique, nous préférons modestement appeler l'architecture juridictionnelle en vigueur d'une *trilogie juridictionnelle* ou le *trityque juridictionnel*.

²⁹G. KATAMBWE MALIPO, Cours de Droit judiciaire : procédure civile, G2 Droit, Unilu, 2014-2015, p. 4.

³⁰G. KABASELE LUSONSO, « Le droit au juge naturel », in *Revue justice et paix* n°3, 2002, p. 20-21.

³¹R. NYABIRUNGU MWENA SONGA, « De l'interprétation en droit », in *Interprétation, cassation et annulation en droit congolais*, Parquet Général de la République, RDC, 2013, p. 44-45.

³² Permalien : <https://m.actu-environnement.com/dictionnaire-environnement/definition/expose-motifs.html> (consulté 25/08/2020).

³³ Cette interprétation est l'œuvre du législateur ou l'autorité qui a rédigé la loi et qui peut être *contextuelle* lorsqu'elle est donnée par la loi même qu'on interprète; soit *postérieure* lorsqu'à l'occasion des difficultés qu'une loi soulève, une nouvelle loi vient en préciser le sens et la portée et faisant partie intégrante de la loi qu'elle interprète. R. NYABIRUNGU MWENA SONGA, « De l'interprétation en droit », *op cit.*, p. 27.

³⁴ BALINGENE KAHOMBO, L'originalité de la Cour constitutionnelle congolaise ..., *op cit.*, p. 3.

En sus de cela, on dit parfois qu'il n'existe pas « *un droit made in africa* », tout l'on copie de l'extérieur et que les législations congolaises parfois sont caractérisées d'un mimétisme irréfléchi ou intelligent³⁵. C'est pourquoi quand il y a une nouvelle loi, la doctrine demande si cette loi n'est pas une copie-collée d'une loi étrangère. Delphine Pollet-Panoussis fait la tienne cette tendance mimétique quand elle dit : « Les constituants optent, sur ce point encore, pour le modèle français ; ils le font cependant expressément, dans le texte constitutionnel lui-même...³⁶ ».

Or, le dualisme juridictionnel français est l'œuvre du Conseil constitutionnel³⁷ et la Constitution française³⁸ n'a jamais parlé de *facto* comme de *jure* de nombre des ordres juridictionnels. Le paradoxe serait d'utiliser le dualisme juridictionnel qui équivaut deux ordres des juridictions en France, pour expliquer les *trois ordres juridictionnels*, que la Constitution congolaise institue.

C'est la raison pour laquelle d'après nous, l'architecture juridictionnelle actuelle, contrairement à ce que pense Delphine Pollet-Panoussis considérant le pouvoir judiciaire congolais comme un pouvoir judiciaire indépendant et dualiste³⁹, nous, nous pensons qu'est un pouvoir judiciaire indépendant et trilogique.

II. La nature juridique de l'ordre juridictionnel constitutionnel

Jean Giquel explique que :

« la justice occupant une place de choix dans les démocraties africaines marquées par un “regain constitutionnel” [...] Le juge constitutionnel avait la charge de permettre la mise en place du nouvel ordre institutionnel recherché dans l'incantation de la légalité constitutionnelle et les références constantes à l'Etat de droit après des années de totalitarisme et de despotisme sur le continent⁴⁰ ».

La nature juridique d'une Cour constitutionnelle en dépit de la théorie générale qui en découle est dans ses principales caractéristiques ; notamment: une juridiction constitutionnelle exclusive et définitive (dont les arrêts ne sont pas susceptibles d'appel); elle a pour limites le règlement des conflits constitutionnels et la formulation des réponses aux questions

³⁵ « S'agissant du pouvoir judiciaire, on constate encore une fois une grande similitude avec la situation française... Le mimétisme est donc pratiqué de façon intelligente (il ne s'agit pas d'un simple décalque des institutions françaises, celles-ci sont adaptées au contexte africain et de la RDC en particulier) ». D. POLLET-PANOUSSIS, La Constitution congolaise de 2006..., p.483.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ C'est le Conseil constitutionnel français qui a développé le concept « *dualisme juridictionnel* », (la Constitution est muette sur ce point. *Idem*, p. 482.

³⁸ Article 34 de la constitution française du 27 octobre 1946 telle que modifiée par la loi constitutionnelle n° 2008-103 du 4 février 2008.

³⁹ D. POLLET-PANOUSSIS, La Constitution congolaise de 2006..., p. 481.

⁴⁰ DIALLO FATIMATA, Le juge constitutionnel dans la construction de l'état de droit..., *op cit*, p.11.

constitutionnelles; quoique séparée officiellement des autorités gouvernementales, elle est liée avec celles-ci avec lesquelles elle entretienne un dialogue permanent et participe à des actions différentes ; dans la plupart des cas, elle contrôle les lois après leur entrée en vigueur (*a posteriori*) ; et ce, n'est qu'exceptionnellement qu'elle le fait avant leur entrée en vigueur (*a priori*); elle est devenue un défenseur direct des libertés et des droits de l'homme, garantis par la constitution [et les instruments internationaux] autrement dit une institution «qui constitue pour les citoyens une juridiction par excellence⁴¹».

En particulier, la Cour constitutionnelle congolaise à la différence du Conseil constitutionnel français⁴², la nature juridique de son ordre est un troisième ordre du pouvoir judiciaire et la légistique [selon la lecture des articles 149 et 152] dévoile que la Constitution lui donne un primat. C'est ce que note Balingene Kahombo : « [Cour constitutionnelle] contrôle l'action des institutions politiques de l'Etat et jouit d'une suprématie constitutionnelle sur les ordres de juridictions administratives et judiciaires⁴³».

En somme, l'ordre constitutionnel est *sui generis* d'autant plus qu'elle déroge à l'idée classique de la hiérarchie de l'ordre juridictionnel, qui veut la présence de plusieurs juridictions hiérarchisées. Il n'est pas ordre de juridictions, il est plutôt l'ordre de juridiction. La Cour constitutionnelle congolaise est l'unique juridiction de l'ordre constitutionnel, placé au sommet du pouvoir judiciaire.

C. LA NECESSITE AXIOLOGIQUE DE LA TRILOGIE JURIDICTIONNELLE EN RDC

Certes, le rôle que la Cour constitutionnelle joue dans un Etat est de très grande envergure. En effet, la RDC en tant qu'un Etat pendant *la consolidation* de la démocratie l'architecture juridictionnelle organisée par sa Constitution a pour nécessité de sauvegarder certaines valeurs d'un Etat de droit et démocratique. Cette réflexion se concentre sur certaines d'elles que la Cour constitutionnelle est appelée à protéger grâce à ses fonctions contemporaines dans un Etat démocratique et de droit (I). Mais, comme le résultat bilanciel de la CSJ en matière constitutionnelle est jugé quasi-négatif, nous nous inspirons de ses limites afin de proposer certaines mesures pour parfaire l'administration de la justice de la Cour constitutionnelle au moyen de *jurisprudencia ferenda* ou de revirement de jurisprudence (II).

⁴¹ BOSA NENADIC, « Le principe de séparation des pouvoirs et le contrôle de constitutionnalité - L'expérience de la République de Serbie », in *Congrès mondial de droit constitutionnel à Oslo, 2014 Atelier 15: Les mutations du principe de séparation des pouvoirs*, pp. 1-15, p.2.

⁴² En France le 3^{ème} pouvoir est marginalisé, il n'existe pas comme tel mais une simple autorité judiciaire.

⁴³ BALINGENE KAHOMBO, L'originalité de la Cour constitutionnelle congolaise ..., *op cit*, p. 7.

I. Les fonctions contemporaines d'une Cour Constitutionnelle dans un Etat démocratique et de droit

La Cour constitutionnelle est une protectrice par excellence des droits fondamentaux et libertés publiques (1) ; un *co-législateur* qui opère dans l'ombre (2) et une digue au pouvoir *ultravires* des institutions (3).

1. La Cour constitutionnelle: une protectrice par excellence des droits humains

La protection des droits humains fait partie des missions originaires du juge constitutionnel. Par définition, la Cour constitutionnelle est une Juridiction en charge du respect de la constitution, qui contrôle en particulier la constitutionnalité des lois et *veille ainsi au respect des droits fondamentaux*⁴⁴.

La fonction protectrice des droits de l'homme et les libertés publiques assignée au juge constitutionnel, peut être mise en œuvre non seulement lorsque ce dernier est saisi par un citoyen pour violation de son droit, par voie d'action ou par voie d'exception. Mais aussi, dans le cadre de l'exercice de ses autres compétences.

En matière du contrôle de constitutionnalité par exemple contrôle de constitutionnalité, matériellement, se fait par l'intégration et la reconnaissance des déclarations et garanties des droits, la constitution contient un ensemble de dispositions relatives aux libertés fondamentales s'imposant aux autorités publiques. La protection de la constitution est donc celle du citoyen⁴⁵».

Il en est de même lorsqu'il met en œuvre sa compétence répressive contre le Président de la République ou le Premier ministre [art. 163], pour les infractions prévues par l'article 164 et définies par l'article 165 de la Constitution ; il protège indirectement les droits et libertés, lorsqu'il punit l'infraction de haute trahison commis par le Président de la République ou le Premier ministre lorsqu'ils sont reconnus auteurs, coauteurs ou complices de violations graves et caractérisées des droits de l'homme [art. 164].

Ainsi, force est de rappeler qu'en tant qu'une institution de sauvegarde des droits humains, la Cour constitutionnelle doit être indépendante et ses membres doivent être ingrats vis-à-vis de l'autorité nommante. Sans cette indépendance et ingratitude, l'institution sera comme un lion qui n'a ni griffes ni dents, que les pouvoirs politiques peuvent manipuler à souhait.

⁴⁴ S. GUINCHARD et T. DEBARD, *op cit*, p.561.

⁴⁵ F. DE LA SAUSSAY et F. DIEU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Hachette, Paris, 2000, p. 22.

Donc, toute institution qui se veut protectrice des droits humains et libertés de citoyens, doit selon Ngondankoy⁴⁶ réaliser ses buts suivant certaines conditions indispensables : « l'indépendance ; la clarté et l'autonomie de son pouvoir ainsi que l'accessibilité citoyenne ». L'accessibilité citoyenne fait partie de deux caractéristiques des droits de l'homme que présente Joseph Kazadi Mpiana: « Les droits fondamentaux se caractérisent également par leur rang supra-législatif et la garantie d'accès au juge, notamment constitutionnel et international dont bénéficient les titulaires desdits droits⁴⁷ ».

Dans le même sens, Dominique Junior estime :

« L'accès à la justice est incontestablement le moteur essentiel de la régulation de la vie en société par le droit. Il est le critère crédible de l'enracinement de l'Etat de droit qui suppose, du point de vue des sujets de droit, la garantie de la justiciabilité "subjective". Elle signifie l'aménagement impératif des conditions qui permettent aux citoyens de recourir, sans empêchements dirimants, au tiers impartial, en vue de favoriser le triomphe des droits qui leur sont reconnus, lorsque ces droits subissent une contradiction illégitime, sacre juridictionnel sans lequel ils demeureraient des tigres en papier⁴⁸ ».

Cette condition est résolue par le constituant congolais qui donne à toute personne la possibilité de saisir la Cour constitutionnelle pour inconstitutionnalité de tout acte législatif ou réglementaire, ou par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité invoquée dans une affaire qui la concerne devant une juridiction notamment, lorsqu'il s'agit de violation de ses droits garantis par la Constitution, et cette dernière a l'obligation dans cette dernière occurrence de surseoir à statuer et saisir, toutes affaires cessantes, la Cour constitutionnelle [art. 162].

L'article 150 fait du « pouvoir judiciaire le garant des libertés individuelles et des droits fondamentaux des citoyens » et pour assurer l'efficacité de cette garantie l'article 149 consacre l'indépendance du juge [corolaire au principe de séparation des pouvoirs considérée comme la clef de voûte d'une véritable démocratie, de l'Etat de droit et de l'administration de la justice⁴⁹] face à d'autres pouvoirs. L'alinéa 2^{ème} de l'article 150 ajoute « Les juges ne sont soumis dans l'exercice de leur fonction qu'à l'autorité de la loi ». Cette indépendance est renforcée par l'article 151 qui interdit au pouvoir exécutif de donner toute sorte d'injonction au juge dans l'exercice de sa juridiction, ni de statuer sur les différends, ni d'entraver le cours de la justice, ni

⁴⁶ NGONDANKOY NKOY-EA-LOONGYA, *Droit Congolais des droits de l'homme*, coll. « Bibliothèque de droit africain », Bruxelles, éd. Academia Bruylant, 2004, p. 319.

⁴⁷ J. KAZADI MPIANA, Notes de cours du droit constitutionnel : théorie générale de l'Etat, G1 Droit, Unili, 2016-2017, p. 232.

⁴⁸ D.J. JUNIOR ZAMBO, « Protection des droits fondamentaux et droit à la juridiction constitutionnelle au Cameroun : continuité et ruptures », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 15 | 2019, mis en ligne le 10 janvier 2019, consulté le 30 avril 2019. URL: <http://journals.openedition.org/revdh/5847>; DOI: 10.4000/revdh.5847, p. 1 et 2.

⁴⁹ T. KAVUNDJA N. MANENO, *Droit judiciaire congolais*, TOME I. Organisation et compétence judiciaires, 6ème édition, Janvier 2008, UBC, p.208, p.27.

aussi de s'opposer à l'exécution d'une décision de justice⁵⁰. Et interdit aussi au pouvoir législatif de statuer sur des différends juridictionnels, ni de modifier une décision de justice, ni s'opposer à son exécution. Et sanctionne de nullité et de nul effet toute loi dont l'objectif est manifestement de fournir une solution à un procès en cours.

Cette formule qui offre au juge son office de garant de la liberté, sans laquelle l'Etat de droit perd toute sa portée, à la différence de la France où est l'œuvre de la jurisprudence dite « *Liberté d'association* » ; pour la plupart des Etats africains, la formule ressort des conférences nationales⁵¹. Il a été question de mettre le juge au centre de la protection des libertés, d'en faire l'acteur principal de l'Etat de droit⁵². En effet, la doctrine française a considéré la décision du Conseil constitutionnel français n° 71-44 DC relative à une loi « complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association dite « la liberté d'association » comme le début de la matérialisation du *devoir d'ingratitude*. C'est-à-dire chacun, lorsqu'il est appelé à rejoindre le Conseil, doit faire taire sa sensibilité particulière pour ne prendre en considération que ce qui [*leur*] est commun et transcende [*leurs*] différences : l'amour de la liberté, l'intérêt de la République et de l'Etat de droit⁵³.

Cette prérogative reconnue au pouvoir judiciaire congolais dans sa configuration actuelle, fait de la Cour constitutionnelle garante de la liberté ou protectrice de premier ordre des droits humains. C'est dans cet ordre d'idée que Bosa Nenadic la qualifie d'un défenseur direct des libertés et des droits de l'homme, garantis par la Constitution [*et par les instruments juridiques internationaux qui lient l'Etat*], autrement dit une institution « qui constitue pour les citoyens une juridiction par excellence⁵⁴ ».

Nous sommes d'avis avec Dominique Junior Zambo Zambo que :

« sous l'angle organique, la question de la protection des droits fondamentaux ressortit d'abord à la compétence du juge constitutionnel, protecteur du "bloc de constitutionnalité", leur prestigieux siège, moins grand que le bloc de supralégalité. Le juge constitutionnel, ne disant le droit que par application de la Constitution, son instauration dans un système juridique donné peut laisser espérer une

⁵⁰ Même si la pratique a démontré le choix que l'exécutif a sur l'application ou non des décisions de la justice, voire celles supposées exécutoires et opposables *erga omnes* de la Cour constitutionnelle comme l'illustre le cas de l'arrêt de réhabilitation du gouvernement Kazembe en Haut-Katanga et bien d'autres encore.

⁵¹ THIAM KHADIM, *Le contrôle de l'exécutif dans la création de l'état de droit en Afrique francophone*, thèse de doctorat, l'université de Bordeaux école doctorale de droit (éd. n° 41) spécialité droit public, Soutenue le 14 décembre 2018 ; B. LOUVEL, « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle ou des libertés individuelles ? », *Réflexion à l'occasion de la rencontre annuelle des premiers présidents de cour d'appel et de la Cour de cassation*, s.d, pp. 1-8.

⁵² THIAM KHADIM, *Le contrôle de l'exécutif dans la création de l'état de droit...*, *op cit.*, p. 73.

⁵³ *Idem*, p. 72.

⁵⁴ BOSA NENADIC, *Le principe de séparation des pouvoirs et le contrôle de constitutionnalité...*, *op cit.*, p.2.

prospérité des droits fondamentaux, à condition toutefois qu'il soit possible à ceux qui en sont les destinataires de le saisir pour en revendiquer la protection⁵⁵».

En somme, nous estimons que ces droits, constituent le cœur [pas le poumon] d'un Etat de droit⁵⁶, ce qui justifie l'opinion de Gilles Lebreton, selon laquelle « l'Etat de droit est celui qui, étant à la fois esclave et protecteur des libertés, tire sa légitimité de son aptitude à développer, et à s'y soumettre⁵⁷ ».

On ne peut guère parler d'un Etat de droit si celui-ci n'a pas la notion de respect et promotion des droits humains. La préservation des libertés fondamentales devrait être le socle de base de l'effectivité de l'Etat de droit⁵⁸. C'est pourquoi le célèbre professeur de la faculté droit de Strasbourg, Carré de Malberg, qui a contribué à introduire le concept Etat de droit en France, entend par Etat de droit :

« un Etat qui dans ses rapports avec les sujets et pour la garantie de leur statut individuel, se soumet lui-même à un régime de droit, et cela en tant qu'il enchaîne son action sur eux par des règles, dont les unes déterminent les droits réservés aux citoyens, dont les autres fixent les voies et moyens qui pourront être employés en vue de réaliser les buts étatiques⁵⁹ ».

De surcroît, sans la Cour constitutionnelle, la garantie de la protection juridictionnelle des droits humains serait utopique. Car, c'est grâce à cette juridiction en tant que juge naturel du respect de la Constitution⁶⁰, que la sauvegarde de ces droits peut être efficacement assurée ; et ce, suivant la logique du mécanisme forgé par le juriste autrichien, Han Kelsen, celui de placer la Constitution au sommet de la pyramide juridique⁶¹ [les normes juridiques hiérarchisées et dont les normes inférieures doivent se conformer aux normes supérieures, en première position la norme Constitutionnelle].

Comme cas pratique de ce rôle du garant des droits : notons l'annulation de la motion de censure votée à l'unanimité le mardi 18 avril 2017 par l'Assemblée provinciale du Haut-Katanga contre le gouvernement provincial dirigé par le Gouverneur Jean Claude Kazembe⁶².

Comme la procédure de sa destitution a été jugée inconstitutionnelle ou entachée de vice de procédure, la Cour constitutionnelle la déclara « nulle et non fondée » ; et ce, en vertu de

⁵⁵D.J. JUNIOR ZAMBO, art cit, p. 3-4.

⁵⁶ MBELA HIZA MULANASSAN, « Analyse diagnostique des relations entre les militaires et les civils en RDC: état de la question et thérapeutique », s.d, pp. 1-10, p. 2.

⁵⁷ G. LEBRETON, cité par MUGANZA MUYUMBA, L'exception d'inconstitutionnalité... *op cit*, p. 12.

⁵⁸ THIAM KHADIM, Le contrôle de l'exécutif dans la création de l'état de droit..., *op cit*, p. 72,

⁵⁹ Jean-Marc Sauvé, « La justice administrative au service de l'Etat de droit », intervention à l'école nationale d'administration du Liban, le 6 novembre 2012, publié le 13 novembre 2012, sur <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/la-justice-administrative-au-service-de-l-etat-de-droit>

⁶⁰ Voy. MUGANZA MUYUMBA, L'exception d'inconstitutionnalité... *op cit*, pp. 199.

⁶¹ MUGANZA MUYUMBA, qualifie cela du principe hiérarchique, qui signifie selon lui « chaque catégorie inférieure est subordonnée à la catégorie supérieure qu'elle est tenue de respecter ». *Idem*, p. 20.

⁶² S. KAPINGA K. NKASHAMA, Motion de censure dans la province du Haut-Katanga..., *op cit.*, pp.39-43.

l'Article 150 de la Constitution. Ce courage du juge constitutionnel congolais est à saluer sur ce sujet, car dans son rôle d'unificateur de la jurisprudence constitutionnelle, elle a d'une part résolue une question de savoir si elle est juridiquement compétente pour connaître de la validité de la motion de censure [considérée comme un acte hautement politique]. Sa décision a mis fin à la polémique entretenue entre la CSJ en affirmant que la motion de censure n'est pas un acte législatif ni réglementaire. D'autre part, elle a justifié que la Constitution a fait du pouvoir judiciaire, dont elle fait partie, le garant des libertés individuelles et droits fondamentaux des citoyens⁶³.

Bien qu'il y ait encore des imperfections et que ses décisions soient encore critiquables, la Cour constitutionnelle congolaise est belle et bien protectrice par excellence des droits humains.

2. *La Cour constitutionnelle : un co-législateur opérant dans l'ombre*

Mauro Cappelletti pense : « Le XIX^e siècle fut celui des parlements, le XX^e siècle est le siècle de la justice constitutionnelle⁶⁴ ». Cela s'explique dans la mesure où la simple bouche qui prononçait les paroles de la loi⁶⁵ est devenue à l'ère actuelle « Bouche de la Constitution »⁶⁶ ; qui opère dans un modèle d'Etat dénommé « *Etat constitutionnel* » qui non seulement repose sur l'établissement de Constitution écrites prévoyant des droits fondamentaux, la prééminence du droit, la démocratie représentative, la séparation des pouvoirs., mais aussi et surtout se caractérise par la volonté d'assurer l'effectivité concrète de ces principes ». Cour constitutionnelle [congolaise] a aussi pour « mission d'assurer la suprématie et la garantie de la Constitution⁶⁷ ».

La fonction législative à la lumière de la conception Montesquieuenne de la séparation des pouvoirs, même dans celles qui ont précédé cette dernière était l'œuvre du Parlement. Ce dernier l'exerce en vertu du pouvoir législatif dont il est détenteur.

L'avènement des Cours constitutionnelles marque la rupture avec la conceptualisation de Montesquieu en rapport avec le pouvoir de juger [le juge]. Sans doute, cette conception faisait du pouvoir législatif le pouvoir *supra-juridictionnel*. Le juge se voyait lié par les paroles de la loi, dans le contexte où elle a été légiférée.

Mais, aujourd'hui avant que le juge [judiciaire ou administratif et dans certaines occurrences constitutionnel] l'interprète ou l'applique en aval ; le juge constitutionnel en amont

⁶³ S. KAPINGA K. NKASHAMA, Motion de censure dans la province du Haut-Katanga..., *op cit.*, p. 42

⁶⁴ M. CAPPELLETTI, cité par MUGANZA MUYUMBA, L'exception d'inconstitutionnalité... *op cit.*, p. 41.

⁶⁵ MUGANZA MUYUMBA, L'exception d'inconstitutionnalité... *op cit.*, p. 11.

⁶⁶ *Ibidem.*

⁶⁷ J. NDJOLI, *Droit constitutionnel expérience congolaise...*, *op cit.*, p. 235.

en vérifieconformité à la Constitution. Il y a là l'émergence d'une nouvelle nature du pouvoir judiciaire : *un législateur permanent mais occulte*.

« le pouvoir d'interprétation confère aux cours suprêmes, aux cours supranationales et internationales, ainsi qu'aux cours constitutionnelles un pouvoir quasi-normatif, voire même véritablement normatif, dans la mesure où elles exercent une influence déterminante sur le contenu et la portée de la norme⁶⁸ ».

C'est dans cet angle qu'en théorie, la Cour constitutionnelle est désignée comme un législateur aussi bien *négatif* que *positif* et qualifiée « d'assemblée constituante en session permanente », « un législateur opérant dans l'ombre », « une chambre parlementaire spécialisée », « un législateur masqué », « le législatif suprême » etc.⁶⁹.

Dans le même ordre d'idées, R. Cabrillac et *al.*, s'accordent sur le point que « [...] si la CSJ (entendons la Cour constitutionnelle) a bien vocation à dire le droit, ce qui est un des critères de l'activité juridictionnelle, il ne faudrait pas sous-estimer le fait qu'il existe, ce faisant, une activité de constituant en tant que de législateur⁷⁰ ». Il enchaîne :

« Constituant, la Cour l'est sans nul doute si l'on veut bien admettre qu'elle a vocation à combler les lacunes de la Constitution et à l'adapter aux exigences contemporaines. Législateur, la CSJ l'est tout autant indéniablement lorsqu'elle formule, à l'encontre du texte de la loi des réserves d'interprétation qui, en définitive, en méconnaissent le sens. Législateur, elle l'est parfois encore, de façon plus épisodique, lorsque la censure partielle d'une des dispositions le conduit à admettre qu'elle entre en vigueur amputée et, par conséquent dénaturée⁷¹ ».

Comme on peut le voir, le juge constitutionnel n'est pas seulement détenteur du pouvoir de juger, il devient surement un co-législateur ou co-constituant ; parfois, le pouvoir législatif se voit gêné par celui-ci, car la réelle portée normative qu'ont les décisions rendues en matière de contentieux de l'annulation des normes adoptées par les assemblées parlementaires nationales ou régionales [entendez provinciales], dont la conformité à la Constitution est contestée; les questions préjudicielles ou questions prioritaires de constitutionnalité concernant la conformité d'une norme législative avec la Constitution, s'impose. En RDC, la Constitution donne le pouvoir à ce législateur caché, de rendre nul de plein droit tout acte déclaré non conforme à la Constitution [art.168].

⁶⁸ La compétence de ces cours ou conseil constitutionnels est souvent multiple, mais les compétences suivantes ont une réelle portée normative : le contentieux de l'annulation des normes adoptées par les assemblées parlementaires nationales ou régionales, dont la conformité à la Constitution est contestée ; les questions préjudicielles ou questions prioritaires de constitutionnalité concernant la conformité d'une norme législative avec la Constitution. P. MAFFEI, « Le rôle normatif de la jurisprudence des cours suprêmes, des cours constitutionnelles et des cours internationales », s.d , pp. 1-7, p. 1.

⁶⁹BOSA NENADIC, Le principe de séparation des pouvoirs et le contrôle de constitutionnalité..., *op cit*, note7, p. 3.

⁷⁰ R. CABRILLAC, M. A FRISON-ROCHE, T. REVET, *Libertés et droits fondamentaux*, 9^{ème} éd. Dalloz, Paris, 2003, p 72.

⁷¹*Ibidem*.

Ainsi, Paul Maffei explique que :

« [...] tant le contentieux de l'annulation que la question préjudicielle confèrent à la Cour constitutionnelle un pouvoir véritablement normatif dès lors que ses décisions sont contraignantes pour les juges de l'ordre judiciaire. Ce rôle normatif de la Cour constitutionnelle n'a pas seulement un impact sur la jurisprudence des juridictions de l'ordre judiciaire, mais également sur l'action du législateur⁷² ».

La Cour constitutionnelle congolaise concurremment avec le Chef de l'Etat, exerce la charge de veiller au respect de la Constitution. Les conditions d'exercice de cette mission ne sont pas identiques. L'interprétation que peut donner le Chef de l'Etat n'a qu'une valeur politique ; celle de la Cour constitutionnelle est juridictionnelle et s'impose aux pouvoirs publics⁷³. Et toutes ses décisions ont force de lois et d'effets *erga omnes* [art. 168]. Désormais, le parlement n'a plus le monopole du pouvoir législatif : il l'exerce il y a longtemps en concurrence avec le pouvoir exécutif [les ordonnances, décrets, ordonnances-lois etc. art. 129] et la Cour constitutionnelle est devenue naguère co-législateur occulte qui exerce le pouvoir normatif incontestable, ce qui a prouvé les limites du principe classique de la séparation des pouvoirs.

Mais, il convient de déplorer l'inertie du juge constitutionnel congolais qui fait passer certaines lois qui violent même des dispositions intouchables de la Constitution (*infra*). On pouvait voir de quelle manière la Cour constitutionnelle remplit cette mission si les propositions des lois Minaku et Sakata, qui tentaient une fois de plus de fragiliser le pouvoir judiciaire n'étaient pas retirées sous menace populaire en juin 2020.

3. La Cour constitutionnelle: une digue au pouvoir *ultra vires* des institutions

L'idéal poursuivi par Montesquieu lorsqu'il préconisa la séparation des pouvoirs en 3 fonctions, était la recherche « d'équilibre » et de « moyen pour éviter l'arbitraire », car l'exercice concentré des pouvoirs par le monarque était que : ce dernier édictait les règles, qu'il exécutait lui-même et le cas échéant, qu'il sanctionnait les transgressions. Le pouvoir est générateur des abus liberticides et des actes de dépassement des pouvoirs ; c'est pourquoi, il avait conseillé les limites légales, en commençant par une séparation des pouvoirs. Par ailleurs, les pouvoirs même séparés de manière claire et nette par le texte, tout homme a toujours tendance de déborder ses limites et d'en abuser. C'est à ce niveau que le juge intervient pour sanctionner la transgression aux limites fixées par la loi pour l'exercice de chaque pouvoir. Ce mécanisme s'appelle « le contrôle juridictionnel des pouvoirs ». Mais le juge constitutionnel devient le

⁷² Dès lors qu'une norme législative est annulée ou déclarée inconstitutionnelle dans le cadre d'une question préjudicielle, le législateur interviendra soit pour abroger la disposition légale déclarée inconstitutionnelle dans le cadre d'une question préjudicielle, soit pour la modifier et la rendre conforme à la Constitution. On voit ainsi que la Cour constitutionnelle joue un rôle essentiel dans l'élaboration de la norme.

P. MAFFEI, Le rôle normatif de la jurisprudence des cours suprêmes..., *op cit.*, p. 6.

⁷³ MUGANZA MUYUMBA, L'exception d'inconstitutionnalité... *op cit.*, p. 56.

rempart de cette mission. C'est pourquoi certains estiment que : « s'il n'y avait pas de Cour constitutionnelle, la tyrannie de la majorité et du règne de partis politiques pourrait devenir une règle⁷⁴ ».

Montesquieu n'a pas préconisé le contrôle juridictionnel comme nous l'entendons aujourd'hui, car, il a minimisé le juge et l'a réduit à la simple bouche qui prononce les paroles de la loi. Le contrôle du pouvoir dans son contexte, nous semble un contrôle politique c'est-à-dire le contrôle non juridictionnel, notamment celui assuré par le Parlement. C'est à juste titre que Jean Rivero dit :

«[...] à la vieille idée, qui a dominé tout le XIX siècle libéral, de la protection de la liberté par la loi tend à se substituer l'idée expérimentale de la nécessité de la protection des libertés contre la loi. Et cette évolution rend possible ce phénomène extraordinaire qu'est l'acceptation d'une autorité supérieure au législateur lui-même, d'une autorité chargée d'imposer au législateur le respect de la Constitution⁷⁵ ».

Demême Mauro Cappelletti, estime que « le XIX siècle fut celui des parlements, le XX siècle est le siècle de la justice constitutionnelle⁷⁶ ».

Les Parlements bien évidemment avaient le rôle de contrôler l'action de gouvernements et protéger les libertés de citoyens. Même aujourd'hui cette fonction existe [bien qu'à faible degré] consacrée par les Constitutions des Etats.

En RDC l'article 100 de la Constitution reconnaît que le Parlement vote les lois et contrôle le Gouvernement, les entreprises publiques ainsi que les établissements et les services publics. Le Parlement exerce ce contrôle par les moyens d'information et de contrôle de l'Assemblée nationale ou du Sénat, sur le Gouvernement, les entreprises publiques, les établissements et services publics prévus par l'article 138. Il s'agit de: la question orale ou écrite avec ou sans débat non suivie de vote ; la question d'actualité ; l'interpellation ; la commission d'enquête ainsi que l'audition par les Commissions⁷⁷.

En sus, ce contrôle est politique, il peut aller jusqu'à donner lieu, à la motion de défiance ou de censure. Bien que ce contrôle pouvait être très important au XIX siècle, mais, il se révèle de plus en plus non efficace par rapport au contrôle juridictionnel des pouvoirs. Car, c'est un contrôle uniquement du gouvernement et l'administration. Il laisse à côté d'autres institutions, comme institution Président de la République [qui dans la plupart de régimes politiques jouit

⁷⁴ W. SADURSKI, *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Springer, 2008, p.58.

⁷⁵ MUGANZA MUYUMBA, L'exception d'inconstitutionnalité... *op cit*, p. 41.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Les conditions d'exercice de ce contrôle par les moyens de contrôle énumérés, sont déterminées par le Règlement intérieur de chacune des Chambres.

d'irresponsabilité politique devant le Parlement] ; le Parlement lui-même [qui ne devrait pas être juge et partie] et dans une certaines mesures les Cours et Tribunaux [dans l'hypothèse où ces décisions peuvent porter atteintes aux droits de citoyens] alors que leurs décisions échappent à ce contrôle.

En revanche, le contrôle juridictionnel des pouvoirs, dont la Cour constitutionnelle est la principale juridiction, est assez avantageux par le fait que, c'est un contrôle transversal. Il cordonne tous les pouvoirs, qu'il s'agisse du pouvoir exécutif [le Président de la République et le Gouvernement], pouvoir législatif et même le pouvoir judiciaire. C'est là qu'il convient de citer Bosa Nenadic qui pense :

« la construction constitutionnelle de séparation des pouvoirs a accepté la justice constitutionnelle comme un instrument constitutionnel important qui évoluait tout en gardant les caractéristiques du "plus haut" contrôleur constitutionnel du pouvoir. Sa légitimité se base sur le motif essentiel de règlement des conflits constitutionnels – maintenir le pouvoir (la politique) dans les limites du droit, harmoniser les actes relatifs à l'ordre juridique, protéger directement les droits de l'homme et libertés fondamentales de tout individu ⁷⁸».

En effet, la séparation des pouvoirs qu'elle soit stricte ou souple les actes de dépassement ou *ultra vires* sont possibles. Le pouvoir *ultra vires* renvoi aux actes de dépassement ou décisions prise par un organe, en dépassant les limites constitutionnelles auxquelles il est soumis ⁷⁹. On en trouve dans tous les domaines : dans le rapport entre le législatif et l'exécutif ; entre le législatif et le judiciaire ; entre l'exécutif et le judiciaire ; voire entre les organes d'un même pouvoir [exemple des conflits de compétences entre le Président et le Premier ministre, l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif, le gouvernement national et provincial]. C'est dans cet élan que le pouvoir judiciaire par le biais de la Cour constitutionnelle sert de digue et permet la construction d'un Etat de droit ; dont, selon Carré de Malberg « le régime est conçu dans l'intérêt des citoyens, et a pour but spécial de les prémunir et de les défendre contre l'arbitraire des autorités étatiques ⁸⁰ ».

La Constitution congolaise donne à la Cour constitutionnelle cette noble mission de digue, empêchant ainsi les abus liberticides et le dépassement des pouvoirs. Toutes les quatre institutions de la République [art. 68] ont dans les occurrences bien différentes à faire à la Cour constitutionnelle. C'est à juste titre qu'elle mérite d'être appelée une juridiction des institutions de la République, voire des institutions d'appui à la démocratie en l'occurrence de la CENI

⁷⁸ BOSA NENADIC, Le principe de séparation des pouvoirs et le contrôle de constitutionnalité..., *op cit*, p.6.

⁷⁹ I. MFUAMBA MULUMBA, De la capacité des organisations internationales dans l'exercice de la légation passive et active : portée et étendue, mémoire de licence, droit, Unilu, 2018, pp.127, p. 49 ; voir aussi I. MFUAMBA MULUMBA, *L'exercice du droit de légation passif et actif dans la pratique des organisations internationales*, éd. EUE, 2020, ISBN 978-620-2-54383-5, disponible en ligne, Permalien : <https://www.morebooks.de/store/gb/book/l'exercice-du-droit-de-légation-passif-et-actif/isbn/978-620-2-54388-5>

⁸⁰ De MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, Tome I 1920, p. 488.

lorsqu'il s'agit de conflits électoraux, elle peut aller jusqu'à l'annulation d'élection du Président de la République [art.161].

Elle peut aussi dans cet angle, être considérée comme la juridiction des autres ordres de juridictions, appelée à traiter des conflits entre elles et départager les conflits de leurs compétences respectives. Gérard Katambwe Malipo l'a dénommé « *juge de la dualité de juridictions* » en vertu de l'article 161, alinéa 4 de la Constitution⁸¹. Ce rôle que joue la Cour est très significatif et il a une influence importante sur l'ordre politique de l'Etat⁸².

Cette juridiction constitue aussi une limite contre les abus du Président de la République [*Chef de l'Etat*] et le Premier ministre [*Chef du gouvernement*], en ce qu'elle est leur juge naturel répressif [art.163]. En vertu aussi de sa compétence d'interprétation de la Constitution, elle sert de digue contre la fraude à la Constitution lorsqu'il s'agit des dispositions ambiguës.

Bref, le juge constitutionnel est devenu une arme pour instaurer l'État de droit⁸³, en ce sens qu'il pourrait être assimilé, dans l'exercice de ces fonctions, à un censeur ou un pédagogue⁸⁴.

II. L'échec d'une meilleure justice constitutionnelle en RDC sous le règne de la CSJ et l'importance d'une Cour constitutionnelle.

L'histoire enseigne que « [...] les Cours et Tribunaux de l'ordre judiciaire, dont la Cour suprême fait partie, s'interdisaient d'examiner la conformité des lois à la Constitution⁸⁵ ; au motif qu'un tel contrôle est [*d'une part*] considéré comme incompatible avec le principe de la séparation des pouvoirs et [*d'autre part*] dans un système démocratique où le parlement est l'émanation de la Nation, il est inconcevable que le pouvoir judiciaire sanctionne le pouvoir législatif souverain⁸⁶ ». Ce complexe d'infériorité influait aussi sur la CSJ congolaise notamment : en matières des droits de l'homme et contrôle de constitutionnalité.

En Droit congolais, la nécessité de la mise en place de trois ordres juridictionnels précisément celui constitutionnel se trouve dans la recherche par le Constituant congolais de « *plus d'efficacité, de spécialité et de célérité dans le traitement des dossiers*⁸⁷ » d'une part et d'autre part, dans « *la volonté [...] de rompre avec l'ordre ancien ainsi qu'à séparer le*

⁸¹ G. KATAMBWE MALIPO, *op cit*, note 524.

⁸² G. KUCSKO-STADLMAYER, « Rapport de la Cour constitutionnelle de la République d'Autriche », in *Conférence des Cours constitutionnelles européennes XII^{ème} Congrès sur Les relations entre les Cours constitutionnelles et les autres juridictions nationales, y compris l'interférence, en cette matière, de l'action des juridictions européennes*, s.d., p.20

⁸³ AIVO cité par THIAM KHADIM, Le contrôle de l'exécutif dans la création de l'état de droit..., *op cit*, p. 49.

⁸⁴ CONAC cité par *Idem*, p. 49.

⁸⁵ P. MAFFEI, Le rôle normatif de la jurisprudence des cours suprêmes..., *op cit*, p. 5.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ Exposé des motifs de la Constitution de la RDC du 18 février 2006, ...*op.cit*.

*contentieux constitutionnel du contentieux administratif et judiciaire, mais aussi à renforcer l'indépendance du pouvoir judiciaire*⁸⁸».

Il se dégage deux valeurs importantes de ce qui précède : la séparation des contentieux (1) et l'indépendance du pouvoir judiciaire (2).

1. La séparation des contentieux.

Les exemples suivants peuvent témoigner que la concentration du traitement des contentieux ne permettait pas une bonne justice constitutionnelle.

Avant la Constitution en vigueur, l'application des droits de l'homme par la CSJ était aléatoire. Si en 1999 Mabanga dénombrait deux seuls arrêts en matière constitutionnelle et en 2004 Ngondankoy constatait une application contingentée des droits de l'homme en RDC en rappelant uniquement deux arrêts de ladite Cour, Katuala Kaba Kashala ajoutait: « En dehors des rares (sic) de la CSJ qui se réfèrent expressément aux dispositions du droit international des droits de l'homme, les arrêts de la Cour, cette haute juridiction ignore les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme »⁸⁹.

Même pour les cas rares auxquels cette Cour s'était prononcée, ses décisions n'ont pas inspiré la doctrine congolaise d'être les décisions modèles. Dibunda Kabuinji avait vu que le juge suprême congolais appliquait les droits de l'homme tels qu'ils sont constitutionnalisés ou repris dans les normes législatives et réglementaires non nécessairement homogènes. [...] la CSJ « est très rarement appelée à connaître des litiges requérant l'application directe, immédiate, de normes internationales des droits de l'homme »⁹⁰. Aussi en matière de contrôle de constitutionnalité, la doctrine révèle le défaut de vigilance du juge constitutionnel⁹¹ [entendons la CSJ faisant office de la Cour constitutionnelle].

L'exemple patent est celui de la loi du 31 juillet 2008 sur la libre administration des provinces que Balingene Kahombo qualifie d'anticonstitutionnelle, dans la mesure où elle a placé celles-ci sous une sorte de tutelle déguisée du pouvoir central avec l'extension des compétences du Chef de l'Etat qui est en contradiction avec la volonté du constituant originaire de 2006. [Alors que] l'article 220 de la Constitution interdit toute modification constitutionnelle

⁸⁸ Exposé des motifs de la Loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle, *JORDC*, 54^{ème} année, Numéro spécial du 18 octobre 2013.

⁸⁹ J. KAZADI MPIANA, Cours de Droits humains (libertés publiques et droits de l'homme), A l'usage des étudiants de L2 Droit, UNIKOL, 2016-2017, p.10.

⁹⁰ DIBUNDA KABUINJI, cité par *Ibidem*.

⁹¹ BALINGENE KAHOMBO, « Les fondements de la révision de la constitution congolaise du 18 février 2006 », in *KAS African Law Study Library – Librairie Africaine d'Etudes Juridiques* 1 (2014), January 2015 DOI: 10.5771/2363-6262_2014_2_428, pp. 428-453, p. 438, <https://www.researchgate.net/publication/276254771>

réduisant l'autonomie des provinces⁹². Mais la CSJ, juridiction constitutionnelle transitoire avait déclaré conforme à la Constitution cette loi⁹³. Pire, la CSJ s'est délibérément abstenue de se prononcer sur les nombreuses requêtes en contrôle de constitutionnalité du nouvel amendement constitutionnel dont elle a été saisie, en violation de l'article 160 *in fine* de la Constitution.

C'est pourquoi comme il n'y a pas de véritable justice constitutionnelle sans le juge constitutionnel⁹⁴ et la Cour constitutionnelle créée par la Constitution du 18 février 2006, organisée par la loi organique de 2013 et devenue effective lors de la prestation de Serment de ses membres le 04 avril 2015; nous proposons, qu'elle devrait procéder par revirement de jurisprudence, dans la perspective d'une *jurisprudencia ferenda* pour corriger les erreurs de son prédécesseur (CSJ) en matière du contentieux constitutionnel.

2. *L'indépendance du pouvoir judiciaire*

Depuis le Projet de la *Constitution de la République Fédérale du Congo*, produit et adopté consécutivement avec le Projet de *Loi fondamentale Provinciale* lors de la *Conférence Nationale Souveraine* (CNS), tenue à Kinshasa en 1991-1992, soit par une assemblée de plus de deux milliers de congolaises et congolais de toute condition issus des quatre coins du vaste pays⁹⁵; les parquets faisaient une partie intégrante du pouvoir judiciaire⁹⁶. Dans le même sens la *Constitution de la Transition* de 2003, prévoyait que « *Le pouvoir judiciaire est exercé par la CSJ, les Cours d'appel et les cours et tribunaux civils et militaires ainsi que les Parquets*⁹⁷ ». Ces dispositions de l'article 148 de la *Constitution de Transition* ont été reconduites par le Constituant du 18 février 2006 à l'article 149 en ces termes :

« Le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. Il est dévolu aux cours et tribunaux qui sont : la Cour constitutionnelle, la Cour de cassation, le Conseil d'Etat, la Haute Cour militaire, les cours et tribunaux civils et militaires ainsi que les parquets rattachés à ces juridictions ».

Cependant, la révision constitutionnelle de 2011a porté atteinte à l'indépendance judiciaire[*une matière intangibilisée d'une intangibilité absolue*], en supprimant sans aucune

⁹² BALINGENE KAHOMBO, Les fondements de la révision de la constitution congolaise..., *op cit.*, pp. 435-437.

⁹³ P. PUNGA KUMAKINGA, cité par *Idem*, p. 438.

⁹⁴ G. KABASELE LUSONSO, La Cour constitutionnelle...*op cit.*

⁹⁵ I. NDAYWEL E NZIEM, *La constitution de la IIIème République du Congo-Zaïre, adoptée par la CNS*, Édition en 2 volumes, tome 1, L'Harmattan, 2002, p. 2.

⁹⁶ Le pouvoir judiciaire était régi par le chapitre III de ce projet de Constitution, où il a été clairement stipulé à l'article 128 que « *L'ensemble des cours et Tribunaux civils et militaires ainsi que les parquets attachés à ces juridictions forment le pouvoir judiciaire* ».

⁹⁷ L'alinéa 1^{er} de l'article 148 de la Constitution de la Transition de 2003, *JORDC*, 44^e année, 5 avril 2003.

raison valable dans la version initiale de la Constitution le bout du 2^e alinéa de l'article 149, soit « *ainsi que les parquets rattachés à ces juridictions* »⁹⁸.

Pourtant, la création d'une Cour constitutionnelle en RDC visait aussi le renforcement de l'indépendance du pouvoir judiciaire et l'instauration d'une meilleure justice, indépendante, impartiale, respectueuse de la légalité et accessible, considérée comme le pilier le plus important de l'Etat de droit pour toute société et un gage de stabilité et de paix pour toute société qui émerge d'une situation de conflits comme la RDC⁹⁹.

En réalité, cette révision avait pour effet, de remettre les magistrats des parquets *ipso jure* dans la dépendance du pouvoir exécutif. Alors que, certains voyaient l'alinéa 2 de l'article 149 dans sa version originale (comme) était une forte avancée de l'Etat de droit en RDC par rapport à certaines vieilles démocraties occidentales¹⁰⁰. Mampuya Kanunk'a-Tshiabo A., a pu estimer qu' :

« en étendant le bénéfice de l'indépendance du pouvoir judiciaire jusqu'aux parquets, le constituant de 2006 rejetait la fameuse “ règle classique ” en faveur de la conception moderne que l'on trouve dans les pays anglo-saxons et que la France [...] est en train de mettre en place, sous le coup de condamnations répétées des instances internationales refusant de considérer ses procureurs comme “ autorités judiciaires ” et les considérant comme des organes non indépendants ». pour lui, « dans la conception moderne, l'indépendance du pouvoir judiciaire concerne également le ministère public; [...] ce fut l'option, innovante et révolutionnaire, du constituant congolais au regard de ce que les auteurs appellent « règle classique » et qui ne l'est plus dans bien des pays, réviser cette disposition, comme l'a fait la révision, va bien à l'encontre de la lettre et de l'esprit de la constitution en son article 149 sur l'indépendance de la justice, contrairement à l'interdiction de l'art. 220¹⁰¹ ».

Cette révision est une trahison de la science juridique de certains juristes qui plaident pour la possibilité de révisabilité des dispositions constitutionnelles intangibilisées autrement appelés dispositions verrouillées, intangibles ou irréformables¹⁰². C'est ce que Constantin Yatala estime :

« [les dispositions intangibles], la critique de leur intangibilité et la proposition de leur révisabilité sous prétexte de leur prétendue inutilité et pour laisser libres les générations à venir relèvent des

⁹⁸ Voir aussi MFUAMBA MULUMBA et MUKEBA JULIENNE, « La mise en œuvre de l'« Etat de droit » en RDC : une cuirasse pour la démocratie ou un poignard qui la saigne? », in *Leganet.cd*, Août 2020, pp. 24, p. 18, note 45, [en ligne] Permalien :

<https://www.leganet.cd/Doctrine.textes/DroitPublic/Mfuamba%20Mukeba-Etat%20de%20droit-converti.pdf>

⁹⁹ N. ELEBE MA ELEBE, « Préface », in KIFWABALA TEKILAZAYA, DEFI FATAKI WA LUHINDI et M. WETSH'OKONDA KOSO, *République démocratique du Congo : Le secteur de la justice et l'Etat de droit*, Une étude d'AfriMAP et de l'*Open Society Initiative for Southern Africa*, 2013, p. IX.

¹⁰⁰ J. CIHUNDA HENGELELA, « Les garanties juridiques de l'alternance politique en République Démocratique du Congo », in *KAS African Law Study Library – Librairie Africaine d'Etudes Juridiques 2 (2015)*, pp. 42-69, p. 56.

¹⁰¹ A. MAMPUYA KANUNK'A-TSHIABO, *Le respect des textes légaux comme problème d'éthique de gouvernance au Congo*, cité par J. CIHUNDA HENGELELA, *op cit*, p. 56.

¹⁰² J. KAZADI MPIANA, Notes de cours du droit constitutionnel, *op cit*, p. 165.

considérations philosophiques, politiques, voire idéologiques. Le juriste ne peut faire siennes cette critique et cette proposition sans trahir, quelque part la science juridique¹⁰³».

C'est aussi une menace contre la démocratie et l'Etat de droit, car, elle viole intentionnellement la norme maitresse du système normative congolais pour servir les intérêts politiques.

La Constitution verrouille d'un verrou sans clé de déverrouillage les articles 5 al. 4, 90 al. 3, 70, 149, 6, 61.

Sans toutefois parler de l'article 219 qui prévoit une intangibilité temporelle ou conjoncturelle, ces matières liées tout constituant et ne doivent [jamais] être révisées. Ces dispositions instituent une hiérarchie entre les dispositions ordinaires révisables, et les dispositions intangibles, non révisables. Une initiative de révision constitutionnelle qui les violerait devrait donc être déclarée inconstitutionnelle¹⁰⁴». Il faut donc avoir un juge constitutionnel ingrat et digne de ce non pour faire une telle œuvre.

En revanche, il est de bon sens que l'on discute sur la révisabilité de l'article 220 lui-même qui ne s'auto-protège pas. L'article 197 de la Constitution belge (1994) énumère les matières ne pouvant pas faire l'objet d'une révision y compris lui-même, mais qui peut faire l'objet de révision dans le respect des dispositions déjà verrouillées par lui, seulement pour ajouter d'autres matières à la liste¹⁰⁵.

Nonobstant ces sept interdictions de fond faites, le texte de révision constitutionnelle de 2011 qui selon Kazadi Mpiana demeure caractérisée par le record de célérité dans son adoption, sans y inclure le jour de sa publication au Journal officiel, était voté dans 5 jours, y compris le temps de navette du texte entre l'assemblée nationale et le Sénat¹⁰⁶, avait osé toucher l'indépendance judiciaire en violation des dispositions de l'article 220¹⁰⁷. Malgré que Droit constitutionnel pénal en RDC manque d'effectivité¹⁰⁸. Cette violation constitue une infraction consommée de haute trahison. Pierre Akele Adau, se demande :

« [...] l'on peut se demander si cet amendement-là n'a pas été le premier essai réussi du contournement du "fameux" article 220 qui continue à affirmer que l'indépendance du pouvoir

¹⁰³ « Il est regrettable de constater que l'Honorable Boshab qui préconise la prise en compte des réalités de la société dans la production du droit rejette le principe d'intangibilité qui résulte des leçons tirées de la réalité vécue par son pays, à l'instar des exemples [...] tirés du droit comparé ». C. YATALA, «La révision constitutionnelle et l'intangibilité de l'article 220 de la Constitution congolaise », p. 1-7 <https://www.droitcongolais.info>,.

¹⁰⁴ C. YATALA, La révision constitutionnelle et l'intangibilité de l'article 220..., *op cit*, p. 7.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 8.

¹⁰⁶ J. KAZADI MPIANA, Notes de cours du droit constitutionnel, *op cit*, p. 166.

¹⁰⁷ C. YATALA, La révision constitutionnelle et l'intangibilité de l'article 220..., *op cit*, p. 5.

¹⁰⁸ M. WETSH'OKONDA KOSO, *La protection des droits de l'homme par le juge constitutionnel congolais, Analyse critique et jurisprudence (2003-2013)*, L'Harmattan, 2016, p. 212.

judiciaire ne peut faire l'objet d'aucune révision, et donc un cas patent de haute trahison par la violation intentionnelle de la Constitution, ...»¹⁰⁹.

En droit congolais la question d'intangibilité des dispositions constitutionnelles sacralisées nourrit la doctrine des théories parfois inédites mais scientifiquement létales d'autant plus qu'elles font de la science « une fleur dans la boue » et la faisant perdre toute son objectivité. C'est ici, qu'il convient de citer la fameuse thèse de Jean-Cyrus Mirindi qualifiée par Aimé Gata-Kambudi d'une thèse juridique très mal « rabibochée »¹¹⁰. Qui a vraiment fait preuve d'une haute réflexion mais très mal partit car, de la même manière que l'erreur ne crée pas le droit, la violation de la Constitution ne peut pas fonder une autre violation. Il est vrai que le constituant de 2011 avait violé la Constitution, mais cela ne peut pas fonder une thèse comme celle de Jean-Cyrus Mirindi. D'aucuns ont même pensé que [...] ceux qui ont été à l'avant-plan dans ce débat sont des « chercheurs du Gouvernement », donc des idéologues rompus à la production des connaissances au service du pouvoir¹¹¹.

ESAMBO KANGASHE soutient à son tour que :

« [...] mêmes intangibles, les dispositions constitutionnelles peuvent être modifiées à condition, d'une part, de respecter la procédure de révision et, d'autre part, d'obtenir que les motifs de révision ne soient pas équivoques et emportent l'adhésion de la majorité de citoyens intéressés¹¹² ».

Ce que Joseph Cihunda considère comme une position « reflétant la tendance, minoritaire [...] faite à l'aune de la doctrine européenne ; loin du contexte historique et politique congolais de leur émergence et du droit comparé africain¹¹³ ». Aussi on peut citer l'affirmation selon laquelle : « Si c'est le souverain lui-même qui adopte la révision, on ne voit pas comment on pourrait prétendre sérieusement lui imposer le respect de ses volontés antérieures¹¹⁴ ».

Joseph Cihunda renseigne contrairement que « d'autres auteurs notamment français trouvent en ce que d'aucuns n'ont pas hésité d'appeler « *clauses d'éternité* », *l'émergence d'un droit constitutionnel fondamental*¹¹⁵.

En bref, la révision de l'article 149 n'était qu'une régression constitutionnelle et un sacrilège constitutionnelle prémédité. Pour preuve, Auguste Mampuya déniché que « La

¹⁰⁹ P. AKELE ADAU, *Réponses pénales au discours du désordre ou au désordre du discours constitutionnel en RDC : la Cour constitutionnelle à l'épreuve*, cité par J. CIHUNDA HENGELELA, *op cit*, p. 55.

¹¹⁰ A. GATA-KAMBUDI, « Joseph Kabila peut-il encore briguer un autre mandat présidentiel au regard de la constitution congolaise? », Paris, le 7 Aout 2018, p.3.

¹¹¹ A. MBATA BETUKUMESU MANGU, *Mandats présidentiels et révisions constitutionnelles en Afrique*. Cité par J. CIHUNDA HENGELELA, *op cit*, p. 52.

¹¹² J.L. ESAMBO KANGASHE, *Le droit constitutionnel*, Cité par CIHUNDA HENGELELA, *op cit*, p. 53.

¹¹³ *Idem*, p. 53.

¹¹⁴ VUNDUAWA te PEMAKO F. et J.M. MBOKO DJ'ANDIMA, *Droit constitutionnel du Congo*. Cité par J. CIHUNDA HENGELELA, *op cit*, p. 53.

¹¹⁵ E. BOSHAB MABUJ, *Entre la révision constitutionnelle et l'inanition de la nation*, Bruxelles, 2013.

mauvaise intention était telle que, dans la proposition initiale, disparaissait de même l'alinéa 1^{er} qui dit que "le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif", donc l'énoncé essentiel même du principe de l'indépendance¹¹⁶».

Nous estimons que tout citoyen objectif et neutre intéressé par la question [même par consultation référendaire] ne peut pas cautionner une révision des dispositions intangibles comme Esambo Kangashe l'affirme et la révision de dispositions intangibles, est loin d'être une imposition du respect des volontés antérieures au peuple. Ces dispositions sont réputées saintes, c'est pourquoi elles ont été sacralisées. En plus, cette révision est fantaisiste car laisse les magistrats des parquets dans la composition du Conseil supérieur de la magistrature [art. 152] et que ce dernier *est l'organe de gestion du pouvoir judiciaire* ; cela soulève la question de savoir *comment ils doivent diriger un pouvoir qui ne leur revient pas ?*¹¹⁷

Cependant, il y a une controverse doctrinale sur la vérification d'inconstitutionnalité d'une loi de révision constitutionnelle. Néanmoins, Kazadi Mpiana Joseph, pense à ce sujet qu' :

« en RDC, la Cour constitutionnelle pourrait, en se fondant sur les articles 160 de la Constitution et 47 de la loi organique du 15 octobre 2013 sur la Cour constitutionnelle, être saisie d'un recours visant à faire déclarer une loi à promulguer non conforme à la Constitution étant donné que la loi de révision constitutionnelle est avant tout une loi ». Et il estime «[...] utile, en vue de consolider la suprématie de la Constitution, que le contrôle des lois de révision constitutionnelle soit intégré dans le dispositif constitutionnel congolais même à travers l'œuvre prétorienne dans la mesure où, à travers histoire politico-constitutionnelle de la RDC, le pouvoir constituant institué, s'est rendu coupable, à maintes reprises, de la fraude à la Constitution¹¹⁸».

C'est dans cette optique que s'exprime Dieudonné Kaluba Dibwa lorsqu'il estime que les limites matérielles et temporelles au pouvoir de révision, prévues aux articles 219 et 220 de la Constitution du 18 février 2006 fondent la compétence du juge constitutionnel constituant institué, s'est rendu coupable, à maintes reprises, de la fraude à la Constitution¹¹⁹.

En revanche, Vunduawe te Pemako estime que : « Les actes de démocratie directe échappent donc à tout juge congolais. La raison est simple : le pouvoir institué ne peut pas contrôler le pouvoir constituant. Car le peuple est lui-même le titulaire du pouvoir, le souverain primaire¹²⁰».

¹¹⁶ A. MAMPUYA KANUNK'A-TSHIABO, *op. cit.*, pp. 153-154. Cité par J. CIHUNDA HENGELELA, *op. cit.*, p. 55.

¹¹⁷ MFUAMBA MULUMBA et MUKEBA JULIENNE, La mise en œuvre de l'« Etat de droit » en RDC. *op. cit.*, p. 18.

¹¹⁸ J. KAZADI MPIANA, Notes de cours du droit constitutionnel, *op. cit.*, p. 192-193.

¹¹⁹ *Ibidem.*

¹²⁰ *Idem*, p. 193.

Lorsque qu'on analyse bien le titre VII de la Constitution, il ne fait pas allusion au contrôle de constitutionnalité de la loi de révision de la Constitution. Pourtant, on sait que la loi de révision de constitutionnalité, n'a pas la nature des actes prévus par l'article 160 alinéa 2^{ème} de la Constitution dont le contrôle de constitutionnalité est *a priori* et obligatoire. Ce qui fait que cette dernière, tombe désormais dans le contrôle facultatif de la loi envisagé par l'alinéa 3^{ème} de cet article. Ce qui a pour conséquence, si le Président à une majorité parlementaire [comme c'était le cas en 2011], lui-même n'ayant pas l'intérêt de pouvoir soumettre la loi de révision à la Cour pour vérifier sa conformité à la Constitution, le Premier ministre [issue du Parlement majoritaire], le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat ou le dixième des députés ou des sénateurs, tous portant la même couleur politique, eux non plus n'ont pas d'intérêt de soumettre cette loi à la Cour constitutionnelle pour un contrôle de constitutionnalité.

CONCLUSION

La Constitution du 18 février 2006 a mis en place trois ordres des juridictions pour remplacer l'ancien ordre qui était unique et concentré. L'architecture nouvelle des juridictions en RDC se veut *trilogique*. Elle marque la déconcentration du contentieux juridique congolais en vertu de laquelle le contentieux constitutionnel est séparé du contentieux judiciaire et administratif et grâce à laquelle l'indépendance du pouvoir judiciaire vis à vis des autres pouvoirs s'accroît.

En sus de théories et interrogations analysées dans cette réflexion, pour une bonne justice constitutionnelle et digne d'un Etat de droit et démocratique en RDC, nous proposons : d'abord, en cas de révision constitutionnelle ultérieure, qu'on ramène l'article 149 à son authenticité législative et que l'on auto-protège l'article 220 dont l'intangibilité est relative ; ensuite, il n'est ni sage ni sécurité juridique de laisser une matière importante comme loi de révision constitutionnelle au libre arbitre de ses initiateurs, pour la soumettre au contrôle du juge de constitutionnalité. Ainsi, la Cour constitutionnelle congolaise s'inspirant de la jurisprudence du Droit comparé notamment des Cour constitutionnelle indienne, malienne, turque, colombienne, peut couvrir ce vide juridique. A défaut, comme c'est le cas au Gabon, il faut qu'une disposition soit introduite dans la Constitution relative au contrôle *a priori* et obligatoire de constitutionnalité, spécialement en rapport avec les dispositions intangibles ; enfin, Pour corriger les erreurs de la Cour précédente et sanctifier l'iniquité de ses décisions en matière du contentieux constitutionnel, la Cour constitutionnelle devrait faire une *jurisprudencia ferenda* au moyen de revirement de jurisprudence.